

Civiel recht

175
Hoge Raad 11 juli 2014, nr. 13/04001 ECLI:NL:HR:2014:1632 (mr. Bakels, mr. Streefkerk, mr. Heisterkamp, mr. De Groot, mr. Tanja-van den Broek) Noot P.C.M. Kemp
Onrechtmatig verkregen bewijs.
Indien sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs, geldt niet als algemene regel dat de rechter daarop geen acht mag slaan. In beginsel wegen het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, alsmede het belang dat partijen erbij hebben hun stellingen in rechte aannemelijk te kunnen maken, zwaarder dan het belang van uitsluiting van bewijs. Slechts indien sprake is van bijkomende omstandigheden, is uitsluiting van dat bewijs gerechtvaardigd.
[RV art. 150]

Verweerders hebben aanvulling van hun loon gevorderd. Aan hun vordering hebben verweerders ten grondslag gelegd dat de onderneming van eiser onder de werkingssfeer van de algemeen verbindend verklaarde cao voor het Bouwbedrijf valt en dat zij dan ook recht hebben op loon overeenkomstig die cao. Eiser heeft gesteld dat de cao Hoveniersbedrijf van toepassing is. In hoger beroep heeft het hof geen acht geslagen op het rapport van de Arbeidsinspectie van 7 juli 2008 betreffende een op verzoek van FNV Bouw ingesteld administratief onderzoek naar de naleving van de cao Bouw door eiser in de periode van 1 januari 2003 tot en met 31 december 2006, omdat dit rapport naar zijn oordeel pas zo kort vóór de zitting was ingediend dat eiser is belemmerd om daarop een gedegen reactie te geven. De Hoge Raad heeft bij arrest van 3 december 2010 het arrest van het Hof 's-Gravenhage op dit punt vernietigd en het geding ter verdere behandeling en beslissing verwezen naar het Hof te Amsterdam. Vervolgens heeft het Hof Amsterdam, waarnaar de zaak was verwezen, in zijn tussenarrest van 31 januari 2012 geoordeeld dat het rapport van de Arbeidsinspectie bij de beoordeling van het geschil mag worden betrokken, zowel in verband met het moment waarop het in het geding is gebracht als in verband met de wijze waarop het is verkregen. In zijn eindarrest van 23 april 2013 heeft het hof, voornamelijk op grond van het rapport van de Arbeidsinspectie, geoordeeld dat de cao voor het Bouwbedrijf van toepassing is en de vorderingen van verweerders goeddeels toegevoegd. In verband met de wijze waarop het rapport van de Arbeidsinspectie was verkregen, komt het hof niet tot de conclusie dat het hier om onrechtmatig verkregen bewijs gaat. Aan dit oordeel legt het hof ten grondslag dat het onderzoek niet is aangevraagd door eiser zelf maar door FNV Bouw, die daarbij als vertegenwoordigster van (de belangen van) haar leden in beginsel mede een eigen belang had. Voorts geldt dat de beslissing om het desbetreffende onderzoek te gaan uitvoeren niet door FNV Bouw en/of eisers maar door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is genomen. Daarbij merkt het hof op dat eiser niet heeft gesteld dat hij, nadat de minister het desbetreffende verzoek had ingewilligd,

daartegen bij hem op voornoemde gronden heeft geprotesteerd. In dit verband acht het hof het tevens van belang dat voorafgaand aan het door FNV Bouw gedane verzoek om een onderzoek door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, eiser is verzocht om meer stukken over te leggen, maar eiser aan dit verzoek geen gehoor heeft willen geven. Op voornoemde gronden komt het hof tot het oordeel dat het rapport van de Arbeidsinspectie geen onrechtmatig verkregen bewijs betreft.

[eiser], wonende te [woonplaats],
Eiser tot cassatie,
advocaat: mr. A.H.M. van den Steenhoven,
tegen

1. [verweerder 1],
2. [verweerder 2],
beiden wonende te [woonplaats],
Verweerders in cassatie,
advocaat: mr. S.F. Sagel.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [eiser], [verweerder 1] en [verweerder 2].

Hoge Raad:

(...; Red.)

3 Beoordeling van het middel

3.1 Voor de feiten en het procesverloop tot aan het hiervoor in 1 genoemde arrest van de Hoge Raad van 3 december 2010 wordt verwezen naar rov. 3.1 en 3.2 van dat arrest.

3.2.1 Tussen partijen is in geschil of op de tussen hen gesloten arbeidsovereenkomsten de CAO voor het Bouwbedrijf (hierna: CAO Bouw) dan wel de CAO Hoveniersbedrijf van toepassing is.

3.2.2 FNV Bouw heeft op de voet van art. 10 van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (hierna: Wet AVV) een rapport van de Arbeidsinspectie van 7 juli 2008 verkregen, betreffende een administratief onderzoek naar de naleving van de CAO Bouw door [eiser] in de periode van 1 januari 2003 tot en met 31 december 2006 (hierna: het rapport). In het onderhavige cassatieberoep gaat het om de vraag of dit rapport bij de beoordeling van het geschil mag worden betrokken. [eiser] meent dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, omdat het onderzoek ingevolge het bepaalde in art. 10 Wet AVV slechts had mogen worden verzocht met het oog op een door FNV Bouw zelf in te stellen rechtsvordering.

3.2.3 In zijn tussenarrest heeft het hof daarover overwogen: “4.12 Met betrekking tot de vraag of het onderhavige rapport bewijs betreft dat onrechtmatig is verkregen, overweegt het hof als volgt. Blijkens de brief van de Arbeidsinspectie van 8 juli 2008, waarbij het rapport van de Arbeidsinspectie aan FNV Bouw IBB is toegezonden, heeft FNV Bouw het desbetreffende onderzoek aangevraagd bij de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. [eiser] heeft hieromtrent gesteld dat het rapport is opgesteld op basis van artikel 10 van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van collectieve arbeidsovereenkomsten (verder: AVV), van welke bevoegdheid volgens [eiser] alleen gebruik kan worden gemaakt door een vakbond met het oog op het instellen van een rechtsvordering door die vakbond namens haar leden en niet door leden van een vakbond. Indien (slechts veronderstellenderwijs) ervan wordt uitgegaan dat deze stelling van [eiser] op zichzelf juist is, komt het hof op grond van alle omstandigheden die in dit verband relevant zijn niet tot de conclusie dat het hier om

onrechtmatig verkregen bewijs gaat. Allereerst is het onderzoek niet aangevraagd door [verweerder 1] en [verweerder 2] zelf maar door FNV Bouw, die daarbij als vertegenwoordigster van (de belangen van) haar leden in beginsel mede een eigen belang had. Voorts geldt dat de beslissing om het desbetreffende onderzoek te gaan uitvoeren niet door FNV Bouw en/of [verweerder 1] en [verweerder 2] maar door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is genomen. Daarbij merkt het hof op dat [eiser] niet heeft gesteld dat hij, nadat de minister het desbetreffende verzoek had ingewilligd, daartegen bij hem op voornoemde gronden heeft geprotesteerd. Ten slotte staat vast dat [verweerder 1] en [verweerder 2], voorafgaand aan het door FNV Bouw gedane verzoek om een onderzoek door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, in de procedure [eiser] heeft verzocht meer stukken – waarover [verweerder 1] en [verweerder 2] niet beschikten en niet konden beschikken, omdat deze betrekking hadden op de boekhouding van [eiser] – over te leggen teneinde de hoofdvraag te kunnen (doen) beantwoorden (zie bijvoorbeeld akte wijziging en/of vermeerdering van eis en instellen van een voorwaardelijke incidentele vordering mede houdende memorie van antwoord in incidenteel appel van 21 maart 2008 onder 13 en 14) maar [eiser] aan dit verzoek geen gehoor heeft willen geven (zie onder meer memorie van antwoord in het incident tevens akte uitlating vermeerdering van eis tevens akte uitlating productie in het principaal appel tevens akte overlegging productie van 3 april 2009 onder 28-30).

4.13 Nu uit het voorgaande volgt dat het rapport van de Arbeidsinspectie geen onrechtmatig verkregen bewijs betreft, kan ook hierin geen grond worden gevonden om het rapport niet in de beoordeling van het onderhavige geschil (in het principaal appel) te betrekken.”

In zijn eindarrest heeft het hof ook de overige verweren van [eiser] tegen het rapport verworpen en de vorderingen van [verweerder 1] en [verweerder 2], strekkend tot betaling van loon overeenkomstig de CAO Bouw, toegewezen.

3.3.1 Volgens het middel, dat is gericht tegen de hiervoor in 3.2.3 aangehaalde overwegingen van het tussenarrest, heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip onrechtmatig verkregen bewijs. Betoogd wordt dat, bij het door het hof veronderstellenderwijs aanvaarde uitgangspunt dat art. 10 Wet AVV een vakbond slechts de mogelijkheid biedt een onderzoek door de arbeidsinspectie te verzoeken met het oog op een door de vakbond zelf te voeren rechtsgeding, de onrechtmatige verkrijging van het bewijs in de onderhavige zaak gegeven is. Het hof had vervolgens aan de hand van een belangafweging moeten beoordelen of het rapport niettemin als bewijsmiddel toelaatbaar was.

Voorts acht het middel het oordeel dat het rapport als bewijsmiddel toelaatbaar is, ontoereikend gemotiveerd.

3.3.2 [verweerder 1] en [verweerder 2] betogen dat [eiser] geen belang heeft bij deze klacht, omdat een vakbond ook van de in art. 10 Wet AVV geboden mogelijkheid gebruik kan maken met het oog op een (niet door haarzelf maar) door haar leden ingestelde of in te stellen rechtsvordering, zodat het door het hof bij wijze van veronderstelling aanvaarde uitgangspunt onjuist is. Dit betoog gaat niet op. Art. 10 Wet AVV, zoals dat gold tot 1 januari 2014, luidde (thans: art. 10 lid 1 Wet AVV): “Indien een of meer verenigingen van werkgevers of van werknemers, op wier verzoek een verbindendverklaring is uitgesproken, het vermoeden gegrond achten, dat in een onderneming een of meer der verbindend verklaarde bepalingen niet worden nageleefd, kunnen zij met het oog op het instellen van een rechtsvordering, als bedoeld in artikel 3, Onze Minister verzoeken een onderzoek daarnaar te doen instellen. Onze Minister draagt het onderzoek op aan daartoe door hem aangewezen onder hem ressorterende

ambtenaren. Onze Minister licht de vereniging of de verenigingen, die om het onderzoek hebben gevraagd, in over hetgeen bij het onderzoek gebleken is.” Art. 3 lid 4 Wet AVV luidt: “4. De in het tweede lid bedoelde vereenigingen kunnen van werkgevers of werknemers, die in strijd handelen met verbindend verklaarde bepalingen, vergoeding vorderen van de schade, die zij of hare leden daardoor lijden. Voor zover de schade in ander nadeel dan vermogensschade bestaat, zal als vergoeding een naar billijkheid te bepalen bedrag verschuldigd zijn.” Het in art. 10 Wet AVV bedoelde verzoek kan derhalve slechts worden gedaan met het oog op het instellen van een rechtsvordering als bedoeld in art. 3 Wet AVV, waarmee blijkens het vierde lid van dat artikel wordt bedoeld op een door de betrokken vakvereniging in te stellen vordering. Anders dan namens [verweerder 1] en [verweerder 2] wordt bepleit, biedt (ook) de totstandkomingsgeschiedenis van art. 10 Wet AVV geen aanknopingspunt voor de uitleg dat het verzoek mede kan worden gedaan ten behoeve van een door de leden van die vereniging in te stellen vordering. Zoals blijkt uit de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.6.1-2.6.5 weergegeven parlementaire geschiedenis van de art. 3 en 10 Wet AVV, was de wetgever terughoudend bij het inzetten van publiekrechtelijke middelen ten behoeve van civielrechtelijke handhaving van uit een algemeen verbindend verklaarde cao voortvloeiende verplichtingen. Daarbij is van belang dat aan individuele werknemers civielrechtelijke middelen ter beschikking staan om informatie te vergaren ten behoeve van de handhaving van hun rechten. Het door het hof bij wijze van veronderstelling aanvaarde uitgangspunt is derhalve juist.

3.4.1 Het middel faalt. Daartoe is het volgende redengevend.

De omstandigheid dat bewijsmateriaal op onrechtmatige wijze is verkregen door een ander dan de procespartij die het wil gebruiken, brengt nog niet mee dat dit materiaal ook door die procespartij onrechtmatig is verkregen. Het gaat erom of die procespartij zelf het bewijsmateriaal onrechtmatig heeft verkregen. Of hiervan sprake is moet worden beoordeeld aan hand van alle omstandigheden van het geval (vgl. HR 7 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0500, NJ 1993/78).

3.4.2 Het oordeel van het hof moet aldus worden begrepen dat, ook indien juist zou zijn dat het rapport door FNV Bouw is verzocht en verkregen met voorbijgaan aan het beperkte doel waartoe de in art. 10 Wet AVV bedoelde bevoegdheid is gegeven, uit de omstandigheden van dit geval niet blijkt dat het rapport door [verweerder 1] en [verweerder 2] onrechtmatig is verkregen. Gelet op hetgeen hiervoor in 3.4.1 is overwogen, geeft dat oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

3.4.3 Het oordeel dat het rapport door [verweerder 1] en [verweerder 2] niet onrechtmatig is verkregen is evenmin ontoereikend gemotiveerd. De enkele omstandigheid dat de advocaat in dienstbetrekking van FNV Bouw die het onderzoek heeft aangevraagd, tevens de advocaat is van [verweerder 1] en [verweerder 2], noopte het hof niet tot een ander oordeel.

3.5 Opmerking verdient nog dat ook indien wordt vastgesteld dat bewijsmateriaal door de partij die zich erop beroept onrechtmatig is verkregen, gelet op het bepaalde in art. 152 Rv niet als algemene regel geldt dat de rechter daarop geen acht mag slaan. In beginsel wegen het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, alsmede het belang dat partijen erbij hebben hun stellingen in rechte aanneemelijk te kunnen maken, zwaarder dan het belang van uitsluiting van bewijs. Slechts indien sprake is van bijkomende omstandigheden, is uitsluiting van dat bewijs gerechtvaardigd (HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942).

4 Beslissing

De Hoge Raad: verwerpt het beroep; veroordeelt [eiser] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerder 1] en [verweerder 2] begroot op € 380,34 aan verschotten en € 2200,= voor salaris.

NOOT

1. Relevante overwegingen

Deze zaak draait om een vraag van onrechtmatig bewijs in verband met het gebruik van een rapport van de Arbeidsinspectie dat in strijd met art. 10 Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van collectieve arbeidsovereenkomsten (verder: Wet AVV) zou zijn verkregen. Volgens eiser gaat het hof uit van een onjuiste rechtsopvatting omtrent het begrip 'onrechtmatig verkregen bewijs'. Eiser legt aan zijn standpunt ten grondslag dat de onrechtmatige verkrijging van het bewijs reeds gegeven is met de presumptie van het gerechtshof, dat het bepaalde in art. 10 Wet AVV een vakbond slechts de mogelijkheid biedt een onderzoek door de Arbeidsinspectie te verzoeken met het oog op een door haarzelf (namens haar leden) te voeren rechtsgeding, terwijl vaststaat dat het rapport van de Arbeidsinspectie is gebruikt voor een procedure door twee individuele werknemers. Eiser stelt daarnaast dat de overweging, dat het onderzoek niet is aangevraagd door verweerders maar door FNV Bouw, die daarbij als vertegenwoordigster van haar leden in beginsel mede een eigen belang had, de beslissing van het hof dat geen sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs niet kan dragen nu die stelling niet door verweerders is betrokken. Tot slot stelt eiser dat de overweging, dat niet is gebleken dat eiser bij de minister heeft geprotesteerd tegen inwilliging van het verzoek van FNV Bouw tot het doen uitvoeren van een onderzoek op grond van art. 10 Wet AVV, de beslissing van het hof dat geen sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs evenmin kan dragen, nu er op dat moment nog geen sprake van was dat de resultaten van dit onderzoek gebruikt zouden worden in de onderhavige procedure, zodat dit feit niet van belang kan zijn bij de beoordeling van de vraag of sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs.

2. Belangenafweging

Ten aanzien van de beoordeling van de hiervoor beschreven klachten is van belang om in ogenschouw te houden dat eerst de vraag dient te worden beantwoord of sprake is onrechtmatig verkregen bewijs. Indien zulks het geval is, dient de vraag te worden beantwoord of het bewijs mag worden gebruikt. De beantwoording van de vraag of ook het gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs toelaatbaar is, vindt plaats aan de hand van een belangenafweging. Die afweging is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Onder meer is van belang of de partij die het bewijs wil gebruiken, dezelfde is als de partij door wie het bewijs onrechtmatig is verkregen.

3. Onder bijzondere omstandigheden onrechtmatig

Het gebruik van informatie die door een ander onder valse voorwendselen was verkregen, werd toelaatbaar geacht in Hoge Raad 7 februari 1992 (*Slempkes/Nool*). In dit arrest is beslist dat ook ingeval van zonder toestemming opgenomen privégesprekken bijkomende omstandigheden vereist zijn voordat in een civielrechtelijk geding dit bewijsmiddel als onrechtmatig verkregen valt aan te merken. De gedaagde had in deze zaak geen bijkomende omstandigheden genoemd. Het arrest van 12 februari 1993 van de Hoge Raad (*W./gemeente Spijkenisse*) betrof een geval waarin de gemeente in het kader van bijstandsverhaal

achter de rug van de betrokkene om informatie over hem had ingewonnen bij zijn werkgever. De Hoge Raad overwoog dat schending van de wettelijke verplichting om de betrokkene vooraf in kennis te stellen onder bijzondere, door de betrokkene te stellen en zo nodig aannemelijk te maken, omstandigheden wegens inbreuk op art. 8 EVRM onrechtmatig zou kunnen zijn. Maar ook indien het nalaten van voorafgaande kennisgeving als onrechtmatig moet worden beschouwd, noopt dat er nog niet toe de daarna gevraagde inlichtingen in elk geval als onrechtmatig verkregen bewijs in de verhaalsprocedure buiten aanmerking te laten.

4. Vrije bewijsleer; art. 152 Rv

In het licht van voorgaande uitspraken heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 18 april 2014 (ECLI:NL:HR:2014:942) het volgende overwogen: "Art. 152 Rv bepaalt dat bewijs door alle middelen kan worden geleverd en dat de waardering van het bewijs aan het oordeel van de rechter is overgelaten, tenzij de wet anders bepaalt. In een civiele procedure geldt niet als algemene regel dat de rechter op onrechtmatig verkregen bewijs geen acht mag slaan. In beginsel wegen het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, alsmede het belang dat partijen erbij hebben hun stellingen in rechte aannemelijk te kunnen maken, welke belangen mede aan art. 152 Rv ten grondslag liggen, zwaarder dan het belang van uitsluiting van bewijs. Slechts indien sprake is van bijkomende omstandigheden, is terzijdelegging van dat bewijs gerechtvaardigd (HR 7 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZCo500, NJ 1993/78, en HR 12 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZCo860, NJ 1993/599)". De eerder genoemde belangenafweging valt dus blijkens het arrest van 18 april 2014 in beginsel uit ten voordele van het gebruik van het bewijs.

5. Conclusie

Gelet op het hiervoor overwogene is het niet verbazingwekkend dat de Hoge Raad in onderhavig geschil overweegt dat de omstandigheid dat bewijsmateriaal op onrechtmatige wijze is verkregen door een ander dan de procespartij die het wil gebruiken, nog niet meebrengt dat dit materiaal ook door die procespartij onrechtmatig is verkregen. Het gaat erom of die procespartij zelf het bewijsmateriaal onrechtmatig heeft verkregen. Of hiervan sprake is, moet worden beoordeeld aan hand van alle omstandigheden van het geval (vgl. HR 7 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZCo500, NJ 1993/78). Ook dit uitgangspunt wordt door de Hoge Raad in het voordeel van het gebruik van het bewijs uitgelegd. Overwogen wordt namelijk dat indien juist zou zijn dat het rapport door FNV Bouw is verzocht en verkregen met voorbijgaan aan het beperkte doel waartoe de in art. 10 Wet AVV bedoelde bevoegdheid is gegeven, uit de omstandigheden van dit geval niet blijkt dat het rapport door verweerders onrechtmatig is verkregen. Uit het voorgaande volgt dat in een civiele procedure – binnen bandbreedtes – niet spoedig zal worden aangenomen dat sprake is van onrechtmatig bewijs en indien daarvan sprake is, dat dergelijk bewijs niet mag worden gebruikt. Zulks is naar mijn mening te verklaren vanwege de belangenafweging die bij dit leerstuk centraal staat.

P.C.M. Kemp
Banning N.V.